

Sorgfaltsmangel und Vergütung

Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli
Universität Freiburg Schweiz¹

Publiziert in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 931 ff.
Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

- I. Sorgfaltshaftung des Beauftragten
- II. Sorgfaltsmangel und Vergütung
- III. Rechtsgrund und Modalitäten
 - A Der Rechtsgrund
 - B Die Modalitäten
 - C Ein Vorbehalt
- IV. Mängelhaftung des Vollarchitekten
 - A Der Stand der Qualifikation
 - B Spaltung der Haftungsfolgen?
- V. Schluss

1. [931] Jeder Vertrag lässt sich schlecht erfüllen. Schaden, Kausalzusammenhang und Verantwortung des Schuldners vorausgesetzt, kann die Gläubigerin alsdann auf Schadenersatz dringen. Je nach Fall stehen ihr weitere Rechtsbehelfe zu Gebote, vor allem das Recht zur Vertragsaufhebung oder das Recht, einen "Abzug am Lohne" (Art. 368 Abs. 2 OR) zu machen. Bleibt eine *Sachleistung* hinter der geschuldeten Qualität zurück, ergibt sich dies im Wesentlichen aus den besonderen Gewährleistungsregeln des Kauf- und des Werkvertragsrechts.² Beidenorts begründet das Gesetz Gestaltungsrechte auf Minderung und – in Form der Wandelung – auf Vertragsaufhebung. Was aber gilt, wenn eine *Dienstleistung* das vertragliche Qualitätssoll nicht erfüllt, also an einem Sorgfaltsmangel leidet?

2. Dieser Frage gilt mein Beitrag. Gewidmet ist er PETER GAUCH, dem hochgeschätzten Lehrer, Kollegen und Freund, dessen manchjähriger Geburtstag dieser Festschrift rief. Und seinen Platz fand er in jenem Teil der *Mélanges*, der die mächtigen Verdienste des Geehrten um das Baurecht und dessen Vermittlung

¹ Im Formellen half mir Herr lic. iur. Alain Bieger, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht. Dafür danke ich ihm bestens.

² Zur Minderung beim *Naturaldarlehen* siehe: SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar (2003), N 8 zu Art. 312 OR; HIGI, Zürcher Kommentar (2003), N 61 zu Art. 312 OR.

feiert. Mit dieser Platzierung hat es zu tun, dass ich gegen Schluss vom Gesamtvertrag des Architekten sprechen werde. Selbstverständlich aber kann ein Sorgfaltsmangel auch anderen Auftragsleistungen anhaften, so etwa dann, wenn eine Gutachterin (BGE 127 III 328), ein Arzt (BGE 120 II 248), eine Rechtsanwältin (BGE 127 III 357) oder eine Bank [932] (BGE 119 II 333) es an der geschuldeten Sorgfalt fehlen lassen. Gerade das Leiturteil BGE 124 III 423 Pra88[1999], Nr. 22), mit dem sich das Bundesgericht prinzipiell zur *Wechselwirkung zwischen Sorgfaltsmangel und Vergütungsschuld* im Auftragsrecht äusserte, galt einem Streit zwischen einem Treuhänder und einer Erbengemeinschaft.

I. Sorgfaltshaftung des Beauftragten

1. Der Beauftragte hat Anspruch auf eine Vergütung, wenn sie verabredet wurde oder deshalb geschuldet ist, weil die Entgeltlichkeit einschlägiger Übung entspricht und keine von dieser Übung abweichende Abrede getroffen wurde (Art. 394 Abs. 3 OR). Dann aber ist die Vergütung synallagmatisches Gegenstück zu den Diensten, die der Beauftragte dem Auftraggeber leistet oder "plus précisément pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé" (BGE 124 III 425 E. b): Austausch demnach von *Vergütung und sorgfältiger Dienstleistung*. Wechselseitig verpflichtend ist etwa der Auftrag, mit dem sich eine Architektin zur Bauaufsicht verpflichtet und sich dafür vom Bauherrn eine Vergütung versprechen lässt. Die Vergütung des Beauftragten lässt sich entweder im Sinne eines Festpreises oder aber so vereinbaren, dass sie sich nach dem tatsächlichen Aufwand richtet. Ein Sonderfall ist die Vergütung, die unter der aufschiebenden Bedingung (Art. 151 OR) geschuldet wird, dass der anvisierte Erfolg (etwa die Mängelfreiheit eines Bauwerkes oder ein Heilungserfolg) eintritt.

2. Charakteristisch für den *einfachen Auftrag* ist, dass "der Beauftragte sich nur zur Besorgung von Geschäften oder Diensten verpflichtet im Hinblick auf ein Resultat, das nicht zugesichert ist" (BGE 109 II 36 E. 3a Pra72[1983] 399 f. E. 3a; 127 III 329 E. 2a). Im Gegensatz zur Werkunternehmerin hat der Beauftragte demnach zwar eine *sorgfältige Arbeitsleistung* zu prästieren (Sorgfaltshaftung), nicht aber kausal für den Arbeitserfolg einzustehen. Entsprechend wird die für den Auftrag charakteristische Schuldpflicht auch als "obligation de moyens" umschrieben, die der "obligation de résultat" gegenübersteht.³ Doch ist ein Zweifaches zu beachten: (i) Ein konkreter Vertrag wird erst dadurch zum einfachen Auftrag, dass er seinem Inhalt nach keine kausale Haftung für den gewünschten Erfolg begründet. Entsprechend entgeht der Schuldner der

³ Siehe nur WERRO, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens ..., in: ZSR 1989/I, S. 253 ff., S. 258 f. Wesentlich soll es auf den Einfluss ankommen, den der Schuldner auf die Zielerreichung hat. Bei aleatorischen Verhältnissen ist eine „obligation de moyens“ anzunehmen (WERRO, S. 261). So wohl auch FELLMANN, Berner Kommentar (1992), N 496 zu Art. 394 OR, nach dem Auftrag vorliegt, wenn „die Ausführung des Auftrages ... auf Gefahr des Auftraggebers“ erfolgt.

Erfolgshaftung nicht deshalb, weil sein Vertrag ein Auftrag wäre, sondern gilt sein Vertrag als Auftrag, weil der Erfolg nicht als zugesichert gilt. (ii) Wirkt sich der Sorgfaltsmangel in der Weise aus, dass das gewünschte Resultat ausbleibt, trifft den Beauftragten lediglich dann eine Ersatzpflicht, wenn er den [933] Sorgfaltsmangel zu verantworten hat (also keine Haftung des Beauftragten "qua Misserfolg").⁴ Anderen Gesetzen folgt die Vergütungsforderung.

II. Sorgfaltsmangel und Vergütung

1. Ein *Sorgfaltsmangel* begründet unter Umständen eine Ersatzpflicht des Beauftragten, der den Mangel im Sinne der Art. 97/101 OR zu verantworten hat. Darüber hinaus wirkt er sich auf die Gegenleistungspflicht des Auftraggebers aus. Allein der Unsorgfalt wegen und unabhängig von einer allfälligen Verantwortung des Beauftragten wird sie entweder dem Minderwert der Hauptleistung entsprechend (proportional) reduziert oder geht sie gerade vollständig unter. Ob ein Misserfolg zu beklagen war, spielt diesbezüglich keine Rolle, so dass der unsorgfältige Beauftragte selbst dann, wenn das gewünschte Resultat dem Sorgfaltsmangel zum Trotz eintritt, um seine Vergütungsforderung zu fürchten hat.

2. Damit referiere ich die *geltende Rechtslage*, die mit dem schon erwähnten auftragsrechtlichen Leiturteil BGE 124 III 423 aus dem Jahre 1998⁵ geschaffen wurde. Mit diesem Urteil verwarf das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung (siehe noch BGE 117 II 567; 108 II 198 E. a) und stellte sich zudem gegen eine ältere Lehre⁶, nach der jegliche Sorgfaltspflichtverletzung den Vergütungsanspruch des Beauftragten gerade vernichtete. Vor 1998 hatte es nach eigenem Bekunden "pas véritablement posé de principes en la matière, mais bien plutôt jugé de cas en cas" (BGE 124 III 425 E. b).

a. Jetzt aber unterzog das Bundesgericht die neuere Lehre⁷ eingehender Analyse und stiess darob zu *drei Grundprinzipien* vor:⁸ (i) Dienstleistungen des

⁴ Sorgfaltspflicht und deren Verletzung einerseits und Verschulden andererseits sind auseinanderzuhalten, so BGE 4C.53/2000 E. 1b.

⁵ Zu diesem Urteil siehe die Rezensionen von: BECK, Anwaltsrevue 5/1999, S. 10 ff.; TERCIER, in: SJZ 1999, S. 273 f.; WIEGAND, in: ZBJV 1999, S. 575 ff.; WERRO, in: BR 1999, S. 48, Nr. 79.

⁶ GAUTSCHI, Berner Kommentar (1971), N 9b zu Art. 402 OR.

⁷ Allen voran DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1988, Rn.370 ff.; und seither: FELLMANN, Berner Kommentar (1992), N 496 ff. zu Art. 394 OR; GMÜR, Die Vergütung des Beauftragten, Diss. Freiburg 1994, Rn.453 ff.; HUGUENIN, OR BT, Zürich 2002, Rn.583; HONSELL, OR BT, 7. Aufl., Bern 2003, S. 321; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch/Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Rn.601 ff.; WEBER, Basler Kommentar (2003), N 43 zu Art. 394 OR; DERS., Praxis zum Auftragsrecht und den besonderen Auftragsarten, Bern 1990, S. 71; WERRO, Le mandat et ses effets, Freiburg 1993, Rn.1054 ff.; TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, Rn.4773.

Beauftragten, denen ein Sorgfaltsmangel anhaftet, sind nicht zu vergüten. Umgekehrt hat der [934] Beauftragte Anspruch auf Vergütung für diejenigen Leistungen, die er "en conformité avec le contrat" erbrachte. (ii) Überhaupt keine Vergütung ist geschuldet, wenn "l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable". (iii) Diese Rechtsfolgen hindern den Auftraggeber nicht daran, seinen Beauftragten überdies auf Schadenersatz zu belangen und diesen Anspruch – im Falle blosser Reduktion der Vergütung – unter Umständen im Wege der Verrechnung durchzusetzen (Art. 120 OR).⁹

b. Mein Rechtsgefühl frohlockt, doch aus welchem Rechtsgrund? Fest steht nur, dass die mangelbedingte Reduktion der Vergütung dem gesetzlichen Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) fremd ist¹⁰ – und dass das Bundesgericht sie gleichwohl zulässt.¹¹ Das Gericht bekannte sich weder zum werk- noch zum kaufvertragsrechtlichen Modell der Minderung. Immerhin gibt es eine Parallele: Was den Haftungsgrund angeht, geht es hier wie dort um eine Haftung ohne Verantwortung. Augenfällige Unterschiede zeigen sich bei den Modalitäten dieser Haftung, so hinsichtlich der Verjährung¹² und vor allem der strengen Prüfungs- und Rügeordnung, die im auftragsrechtlichen Kontext keine Rolle spielt. Griff das

⁸ Seither fällte das Bundesgericht mehrere Entscheidungen, die auf BGE 124 III 423 aufbauten. Siehe etwa: SJ 2000, S. 485 ff.; BGE 4C.273/1999 E. 4 (Verletzung der „devoir de fidélité et d’information“); 4C.408/1999 E. 3a (Minderung bei ungenauem Kostenvoranschlag); 127 III 369 E. 3 (Transportvertrag); 4C.61/2001 E. 3 (Beweislast für den Sorgfaltsmangel; unpubl. E. zu BGE 127 III 543); 4C.300/2001 E. 2c/bb (Kumulation von Minderung und Schadenersatz).

⁹ Das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Schadenersatz und dem Anspruch auf Vergütung ist nicht Gegenstand meines Beitrages. Siehe dazu aber etwa WEBER, Basler Kommentar (2003), N 43 zu Art. 394 OR, mit Hinweisen.

¹⁰ Dies bewog das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem Urteil aus dem Jahre 1942 (ZR 1943, Nr. 76, E. 10) dazu, dem Auftraggeber ein Recht auf "Abzug am Lohne, wie er beim Werkvertrag (Art. 368 OR) im Falle der Lieferung eines minderwertigen Werkes verlangt werden [kann]", zu versagen. Denkbar ist immerhin, dass man hier hilfsweise darauf abstellt, was Art. 402 Abs. 1 OR für den Aufwendungsersatz bestimmt: dass ja auch dieser nur bei „richtiger Ausführung des Auftrages“ geschuldet sei.

¹¹ Demgegenüber gilt in Deutschland ein "verschuldensunabhängiges Minderungsrecht bei Schlechtleistungen des Dienstverpflichteten ... verbreitet als wenig angemessen" (EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., München 2003, S. 326). Daran änderte sich auch mit der jüngsten Reform des BGB (der "Schuldrechtsmodernisierung") nichts. Zwar kam dort zur Sprache, „ob die Minderung als Rechtsbehelf in das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben Rücktritt und Schadensersatz eingestellt werden soll. Entscheidend dagegen spricht, dass die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss“ (BT-Dr 14/6040, S. 223 [über dip.bundestag.de]). Doch ist daran zu erinnern, dass die deutsche Rechtsprechung den Architektenvertrag, der "sämtliche Architektenleistungen von der Planung bis zur örtlichen Bauaufsicht" umfasst, seit BGHZ 31, 224 integral dem Werkvertragsrecht (§ 631 ff. BGB) zuschlägt. Das Auftragsrecht ist dem Gesamtvertrag schon deshalb verschlossen, weil der Auftrag nach deutschem Recht stets unentgeltlich ist.

¹² Doch ist daran zu erinnern, dass nach Art. 371 Abs. 2 OR auch die Haftungsansprüche aus einfachem Architekturauftrag im Sinne der Art. 394 ff. OR mit Ablauf von fünf Jahren nach der Abnahme verjähren, soweit es um Ansprüche eines Bestellers "eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes" geht (dazu BGE 102 II 418 E. 3; auch 111 II 172).

Bundesgericht damit auf ein allgemeines Prinzip zurück, dem aus "Gründen rechtlicher Gleichbehandlung" (BGE 129 III 184) auch anderswo zu folgen ist? Und welchen Modalitäten unterliegt der Rechtsbehelf?

III. Rechtsgrund und Modalitäten

A Der Rechtsgrund

1. [935] Ursprünglich wollte ich behaupten, das Bundesgericht habe gänzlich davon abgesehen, seine Grundprinzipien dogmatisch anzubinden. Diese Behauptung wäre jedoch kaum zu halten, denn in Tat und Wahrheit führte das Gericht aus: "Elle [die Rechtsprechung] a ... posé en *principe que la rémunération due au mandataire représente une contre-prestation pour les services qu'il rend au mandant* [Hervorhebung hs], plus précisément pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé. Par conséquent, le mandataire qui ne rend pas les services promis, c'est-à-dire qui demeure inactif ou n'agit pas avec le soin requis, ne peut prétendre à l'entier des honoraires convenus ou à la même rémunération qui serait équitablement due à un mandataire diligent" (BGE 124 III 425 E. b). Demnach:

2. Die Vergütungspflicht steht in einem Austauschverhältnis mit der Dienstleistung, zu der sich der Beauftragte verpflichtete, respektive – und "plus précisément" – mit der Dienstleistung, auf die der Beauftragte die geschuldete Sorgfalt aufwendete. Wird durch einen Sorgfaltsmangel der intendierte Leistungsaustausch gestört (Austauschstörung)¹³, schlägt dies auf die Vergütungspflicht durch. Darin liegt eine Eigenart der *synallagmatischen*¹⁴ *Leistungsverknüpfung*, die "von den Vertragsparteien in ihren Willenserklärungen konstituiert"¹⁵ wurde. Das Bundesgericht rief allerdings keine der mannigfachen Normen an, die dieser Rechtsbeziehung die passenden Rechtsfolgen verschaffen.

¹³ Die Austauschstörung unterscheide ich von der *Äquivalenzstörung*, die ich für jene Fälle vorbehalte, in denen die wertmässige Unausgewogenheit der synallagmatischen Schuldpflichten zum Rechtsproblem wird. Damit befassen sich etwa Art. 21 OR (ursprüngliche Äquivalenzstörung) und die Anpassung des Vertrages an veränderte Umstände nach Massgabe der "clausula rebus sic stantibus" (nachträgliche Äquivalenzstörung). Aufgegriffen werden Äquivalenzstörungen stets nur dann, wenn sie ein bestimmtes Ausmass annehmen (siehe nur Art. 21 Abs. 1 OR, der in seinem Tatbestand ein „offenbares Missverhältnis“ verlangt), was bei Austauschstörungen gerade keine Rolle spielt.

¹⁴ Zur Herkunft dieses Wortes eingehend BENÖHR, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburg 1965, S. 8 ff., der zum Schluss kommt, dass erst "das 19. Jahrhundert ... das Prinzip des unrömisch sogenannten 'Synallagmas' herausgearbeitet" (S. 118) habe.

¹⁵ GERNHUBER, Synallagma und Zession, in: FS Raiser, Tübingen 1974, S. 57. Die nähere Ausgestaltung der Synallagma-Wirkungen bleibt dem Gesetz (vgl. wiederum GERNHUBER, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, S. 312) bzw. gerichtlicher Lückenfüllung überlassen, wo die Parteien keine Eigenregeln schafften.

Natürlich hätte es dafür Kandidaten gegeben. Zur Sprache bringen möchte ich die folgenden:

a. Mit Art. 82 OR lässt sich hier, wie mir scheint, allerdings nichts ausrichten.¹⁶ Diese Bestimmung bringt Ordnung in die Erfüllung, und zwar in zeitlicher Hinsicht: Synallagmatisch verknüpfte Vertragspflichten sind dieser (dispositiven) Regel zufolge grundsätzlich Zug um Zug zu erfüllen. Vorleistungspflicht [936] vorbehalten, darf eine Leistung einredeweise¹⁷ solange verweigert werden, wie auch die Gegenleistung aussteht. Aber eben nicht länger. Die Leistungspflicht wird nicht modifiziert, in ihrem Bestand nicht erschüttert, sondern lediglich und bloss vorübergehend vor dem Zugriff ihres Gläubigers geschützt. Aber auch sonst passt die Bestimmung nicht. Zwar mag die Vorleistungspflicht des Beauftragten dem Normalfall entsprechen¹⁸, wobei aber nichts die Parteien daran hindert, etwas anderes zu vereinbaren.¹⁹ Alsdann will die Reduktion auch dann greifen, wenn dem Vertrag zufolge der Auftraggeber vorleistungspflichtig war, und ihm insbesondere die Möglichkeit verschaffen, den unsorgfältigen Beauftragten auf bezahlten Überschuss zu belangen. Das aber betrifft nicht mehr die Zeitverhältnisse bei der Erfüllung, wie Art. 82 OR sie ordnet, sondern etwas anderes:

b. Um Schlechterfüllung geht es – und um ihre Folgen. Damit befassen sich in allgemeiner Weise Art. 97/101 OR. Doch setzen diese Bestimmungen namentlich einen Schaden voraus und kennen als Rechtsfolge nur Schadenersatz²⁰, ganz abgesehen davon, dass es hier ohne Verantwortung nicht geht. Damit scheiden sie als Rechtsgrund für die Reduktion der Vergütungspflicht, wie das Bundesgericht sie konstruierte, aus.

Aber auch die *Regeln über den Schuldnerverzug* (Art. 102 ff. OR) wollen nur insoweit passen, als der Beauftragte gerade untätig bleibt. Alsdann ist sein Vertragspartner insbesondere dazu berechtigt, nach Art. 107/9 OR den Vertrag aufzuheben, was ihn von jeglicher Vergütungspflicht befreit. Für die Erscheinungsform der Vertragsverletzung, um die es hier vor allem geht, vermögen die Verzugsregeln indes nichts herzugeben, denn: Die Leistung steht nicht aus, sie ist einfach schlecht. Zudem sind diese Regeln hinsichtlich der

¹⁶ Anders TERCIER (zit. in Fn 7), Rn.4773.

¹⁷ Zur historischen Entwicklung dieser Einrede neuerdings ERNST, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, Berlin 2000.

¹⁸ Fälligkeit der Honorarforderung "mit dem Abschluss der letzten unter einen bestimmten Auftrag fallenden Leistung": WEBER, Berner Kommentar (1983), N 94 zu Art. 75 OR; ihm folgend FELLMANN, Berner Kommentar (1992), N 469 zu Art. 394 OR, mit weiteren Hinweisen. Das altrechtliche Dienstvertragsrecht hielt noch ausdrücklich fest, dass die Vergütung – gegenseitige Vereinbarung oder Übung vorbehalten – erst zu leisten sei, "wenn die Dienste geleistet sind" (Art. 340 aOR).

¹⁹ Deshalb liesse sich auch nicht sagen, der Leistungsvollzug nach dem "Zug um Zug"-Prinzip sei ein notwendiges (ein begriffswesentliches) Element des synallagmatischen Vertrages. Dazu nur STAUDINGER/OTTO (2001), N 13 Einl. zu § 320 ff. BGB.

²⁰ Zum Teil wird allerdings postuliert, dem Gläubiger sei auch hier ein Rücktrittsrecht einzuräumen, so z.B. von SCHWENZER, OR AT, 3. Aufl., Bern 2003, Rn.64.27, mit Hinweisen.

Rechtsfolgen, die sie anordnen, im Wesentlichen²¹ auf Schadenersatz und Vertragsaufhebung beschränkt, sehen eine einseitige Modifikation der Vergütungsschuld also gerade nicht vor.²²

Ich bin mir nicht sicher, ob das Bundesgericht den Fall des Beauftragten "qui demeure inactif" (BGE 124 III 425 E. b) tatsächlich ausserhalb des Verzugsrechts ansiedeln wollte. Aus meiner Sicht liesse sich daran jedenfalls nicht festhalten. Vielmehr hat sich auch ein Auftraggeber an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und dem untätigen [937] Beauftragten namentlich "eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen" (Art. 107 Abs. 1 OR)²³, bevor ihm die verzugsrechtlichen Wahlrechte zustehen.²⁴

c. An den *Gewährleistungsregeln des Kauf- und des Werkvertragsrechts* ist in unserem Zusammenhang natürlich nicht vorbeizukommen. Ihnen ist der proportionale "Abzug am Lohne" (Art. 368 Abs. 2 und Art. 205 OR) bestens bekannt. Mit diesem Behelf kann sich der Gläubiger Recht verschaffen, wenn Kaufsache und Werk die geschuldete Qualität unterschreiten.²⁵ Seine Rechtfertigung zieht er aus dem Umstand, dass der Vollzug synallagmatisch verknüpfter Leistungspflichten durch die Schlechtleistung gestört wird. Exakt diese Wertung steckt, wie schon erwähnt, auch hinter der Reduktion der Vergütungspflicht im Auftragsrecht. Gleichwohl ist dieses spezielle Gewährleistungsrecht einer analogen Anwendung hier nicht zugänglich. Denn die besondere Prüfungs- und Rügeordnung, die der Gesetzgeber dem Kauf- und dem Werkvertragsrecht beigab, müsste mitübernommen werden, was sich mit Blick auf deren markante Einseitigkeit nicht rechtfertigen liesse und vermutlich deshalb auch vom Bundesgericht nicht in Betracht gezogen wurde. Dazu kommt, dass die gesetzlichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nicht auf die Verwirklichung des Synallagmas zielen, sondern im Gegenteil dessen Tragweite reduzieren. Um seine eigenen Positionen wirksam wahren zu können, hat zwar auch der Beauftragte ein lebhaftes Interesse daran, möglichst umgehend Sicherheit darüber zu erlangen, ob der Auftraggeber seine Dienstleistung als vertragskonform hinnehme. Dem steht das Interesse des Auftraggebers, die Vergütung mangelbedingt reduzieren zu können, entgegen. Ich meine, dass die Abwägung dieser gegenläufigen Interessen

²¹ Dazu kommen je nach Umständen Zufallshaftung, Zinspflicht und gegebenenfalls die Folgen, die der konkrete Vertrag vorsieht.

²² Vgl. immerhin KOLLERS Vorschlag, auch dem Verzugsgläubiger eine Minderungsbefugnis zuzugestehen (Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Rn.35).

²³ Vorbehalten bleiben selbstredend auch hier die Fälle, in denen nach Massgabe des Art. 108 OR die "Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ... nicht erforderlich" ist.

²⁴ Zur Abgrenzung von der Auflösung des Auftrages nach Art. 404 OR siehe: DERENDINGER (zit. in Fn. 7), Rn.162 ff.; FELLMANN, Berner Kommentar (1992), N 295 zu Art. 398 OR.

²⁵ Nicht jede Unsorgfalt des Werkunternehmers wird durch Mängelrechte sanktioniert. Alsdann bleibt dem Gläubiger nur der Anspruch auf Schadenersatz, der stets (wie auch bei Mangelfolgeschäden) voraussetzt, dass der Schuldner den Schaden zu verantworten hat. Zum Ganzen GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rn.853 ff., und BGE 111 II 172.

jedenfalls dort zu Lasten der pflichtvergessenen Vertragspartei ausfallen müsse, wo nicht eine gesetzliche Regelung das Gegenteil diktiert.²⁶

Fest steht aber: Die Minderungsbefugnis ist dem Gesetz nicht fremd, was jeden bestärken muss, der sie als allgemeines Prinzip verkünden will. Allerdings fließt dieses Prinzip nicht aus den erwähnten Sonderregeln; vielmehr sind es die Sonderregeln, die auf diesem Prinzip beruhen. Huhn oder Ei?, in gewisser Weise. Immerhin lässt sich so erklären, dass die einseitige Prüfungs- und Rügeordnung²⁷ nicht die strenge, [938] kausale Haftung für den Leistungserfolg kompensiert, sondern schlicht Verkäufer und Unternehmer in einer Weise begünstigt, welche Schuldner, die ausserhalb dieser Vertragstypen operieren, so nicht zuteil wird.

3. Diese Kandidaten scheiden nicht deshalb aus, weil sie zu den Rechtsfolgen eines Synallagmas nichts zu sagen hätten.²⁸ Vielmehr scheiden sie aus, weil sie ihrem tatbestandlichen Zuschnitt nach auf den Störfall, der dem Bundesgericht in BGE 124 III 423 vorlag, nicht passen. Mit ihnen ist dem bundesgerichtlichen Diktum also nicht beizukommen. Als Anknüpfungspunkt übrig bleibt das Synallagma selber, auf das sich das Gericht im Zuge resoluter Lückenfüllung besann, um ihm dann die *Minderungsbefugnis als allgemeines Prinzip* abzugewinnen. Dies war, so finde ich, ein kühner Schritt, denn für gewöhnlich begnügt sich das Synallagma damit, den mannigfachen Normen des positiven Rechts, die sich mit ihm befassen, die innere Rechtfertigung zu verschaffen. Hier aber legt es diese Zurückhaltung ab und entfaltet eine markante Direktwirkung. Diese Wirkung fügt sich allerdings noch immer in den Folgeapparat ein, mit dem das Schuldrecht auf Austauschstörungen im Synallagma reagiert.²⁹ Besinnt man sich auf Schadenersatz und Vertragsaufhebung als die beiden Hauptfolgen, lässt sich die Reduktion der Vergütungspflicht auch als partielle Vertragsaufhebung verstehen. Indes ändert auch dieses Verständnis nichts daran, dass die Reduktion, wie das Bundesgericht sie im Auftragsrecht zulässt, gesetzlich nicht geordnet ist. Wer vor diesem Schluss zurückschreckt, mag sich an Art. 259d OR halten, nach

²⁶ Anzumerken ist aber, dass das Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch in allgemeiner Weise verlangt, dass der Gläubiger sich auf einen Mangel nicht berufen könne, "wenn er nicht innerhalb angemessener Zeit, nachdem er den Mangel entdeckt hat oder vernünftigerweise hätte entdecken müssen, gegenüber dem Schuldner Widerspruch [äussert]". Der säumige Gläubiger darf sich auf den "Mangel der Leistung nicht mehr berufen" (Art. 6:89 NBW).

²⁷ Einseitig ist auch die reguläre, einjährige Verjährungsfrist, von der das Gesetz nur bei der Herstellung unbeweglicher Bauwerke eine Ausnahme macht (Art. 371 Abs. 2 OR).

²⁸ Die Art. 97/101 OR allerdings erfassen die "gegenläufigen Forderungsrechte in ihrem Zusammenhang" (ERNST, Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug, in: AcP 1999, S. 489) nur insofern, als sie hinsichtlich der Gegenleistung durch die Austausch- (auch Surrogations-) bzw. die Differenztheorie (siehe nur GAUCH/SCHLUEP/REY, OR AT, 8. Aufl., Zürich 2003, Rn.2598 und 3094 ff.) vervollständigt werden.

²⁹ Das Bundesgericht griff auch dort direkt auf das Synallagma zurück, wo es in einem Fall der Leistungskondition ausführte, dass entgegen Art. 63 Abs. 1 OR eine Synallagmaleistung auch dann zurückgefordert werden könne, wenn der Konditionsgläubiger im Zeitpunkt der Leistung keinem Irrtum über die Schuldspflicht erlag. „Würde in derartigen Fällen die Rückerstattung abgelehnt, könnte der Leistungsempfänger die Leistung ohne Gegenleistung behalten“ (BGE 115 II 29 E. 1a).

dem der Mieter bei mangelhafter Mietsache auf die Herabsetzung³⁰ des Mietzinses dringen kann, ohne dass ihm eine Genehmigungsfiktion drohte. Diese Bestimmung kontert zwar noch immer einen Sachmangel, bringt aber noch direkter als das Kauf- und das Werkvertragsrecht zum Ausdruck, dass Austauschstörungen im Synallagma, die von einem Qualitätsmangel ausgehen, durch entsprechende Reduktion der Gegenleistung aufzufangen sind. Ein allgemeines Minderungsrecht scheint zudem auch auf der Linie der neueren Rechtsentwicklung zu liegen, sofern man die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts als Manifestation einer derartigen Entwicklung ansehen will. Nach Art. 9:401 EP³¹ besteht ein Recht auf Minderung des [939] Preises immer dann, wenn "eine Partei ... eine angebotene, nicht vertragsgemässe Leistung annimmt", ohne dass diese Grundregeln das Minderungsrecht auf bestimmte Vertragstypen beschränken.³²

B Die Modalitäten

1. Das Bundesgericht nahm es hin, dass die Vergütung des Beauftragten "en proportion et en fonction de la prestation" festgesetzt wurde (BGE 124 III 427 E. 4b). Weitere Erläuterungen gehen dem Urteil ab, und zwar auch bezüglich der folgenden Fragen: Zieht ein Sorgfaltsmangel des Beauftragten unabhängig von der Leistung, der er anhaftet, die Reduktion der Vergütung nach sich (a)? Hat der Auftraggeber den Mangel zu rügen (b)? Und wie steht es mit der Verjährung (c)? Wer sich auf diese (und weitere) Probleme schon bei der Vertragsredaktion besinnt, kann dort (und innerhalb der allgemeinen Schranken) privatautonom für deren Lösung sorgen. Bei *lückenhaften Verträgen* aber dürfte es sich folgendermassen verhalten:

a. Die Austauschstörung beschlägt immer nur synallagmatisch verknüpfte Leistungspflichten, bei denen es sich gewöhnlich um Hauptleistungspflichten, in

³⁰ "Herabsetzung", nicht "Minderung", da der Mietzins nur bis zur "Behebung des Mangels" (Art. 259d OR) und damit bloss vorübergehend gemindert wird. Abgesehen davon geht es um den gleichen Vorgang.

³¹ Gemeint sind die Principles of European Contract Law (Lando-Prinzipien), die ich nach VON BAR/ZIMMERMANN, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002, zitiere. Aus den Anmerkungen zu Art. 9:401 wird allerdings klar, dass die berücksichtigten Rechtsordnungen ein Minderungsrecht nur für Fälle minderwertiger Sachleistungen vorsehen (a.a.O., S. 524, Anm. 1; siehe auch die Beispiele). Anders wiederum das Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch, das die Minderung als Teilaufhebung des Vertrages konstruiert, ohne die Aufhebungsbefugnis ersichtlich auf bestimmte Vertragstypen zu beschränken (Art. 6:270 NBW).

³² Im Gegensatz dazu will der Vorentwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch (Pavia) die Preisminderung auf Fälle beschränken, in denen der Gläubiger "die Lieferung einer anderen, minderwertigen Sache, einer fehlerhaften Sache, oder die Lieferung einer geringeren Menge von Sachen als geschuldet oder eine andere Werkleistung als die geschuldete oder eine fehlerhafte Werkleistung annimmt" (Art. 113 Abs. 1, zit. nach SCHULZE/ZIMMERMANN, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2002).

keinem Fall aber um blosser Nebenpflichten handelt.³³ Die Unsorgfalt bei einer Leistung, die ausserhalb des synallagmatischen Austauschverhältnisses steht, begründet unter Umständen einen Ersatzanspruch, hat aber keine Honorarkürzung zur Folge. Damit verhält es sich hier ähnlich wie im Werkvertragsrecht, wo hinsichtlich der Unsorgfalt, die nicht werkbezogen ist, keine gesetzliche Minderungsbefugnis besteht, die sich zum Anspruch auf Schadenersatz gesellte. Immerhin konzentriert sich die Gewährleistung dort auf einen bestimmten Punkt des schuldenrischen Pflichtenprogramms und erfasst die Unsorgfalt nur insoweit, als sie "sich in der Beschaffenheit des Werkes ... auswirkt" (BGE 96 II 60 E. 1; 111 II 172).

b. [940] Der Auftraggeber braucht den Sorgfaltsmangel nicht zu rügen, um in der Folge die Reduktion der Vergütung geltend machen zu können. Die Prüfungs- und Rügeordnung des Kauf- und Werkvertragsrechts lässt sich angesichts ihrer Einseitigkeit nicht verallgemeinern, was ich bereits ausführte. Entsprechend ist rechtsgestaltendes Tätigwerden nicht erforderlich, um die volle Vergütungsschuld herabzusetzen. Der Auftraggeber kann sich vielmehr darauf beschränken, die Vergütungsklage des unsorgfältigen Beauftragten mit einem Verweis auf den Sorgfaltsmangel zu parieren. Dies ist nicht zu verwechseln mit der Beweislast für den Sorgfaltsmangel, die nach Art. 8 ZGB beim Auftraggeber liegt.

c. Blosser Einwendung des Sorgfaltsmangels hilft dem Auftraggeber allerdings dann nicht weiter, wenn die tatsächlich bezahlte Vergütung den Betrag der geschuldeten Restvergütung übersteigt. In diesem Fall kann der Auftraggeber den Überschuss zurückfordern, und zwar zuzüglich Zinsen (BGE 117 II 554 E. c; 116 II 315 E. 7)³⁴. Darin manifestiert sich seine Reduktionsbefugnis, weshalb seine Forderung auch nicht bereicherungsrechtlicher, sondern vertraglicher Natur ist. Entsprechend verjährt sie im Allgemeinen mit Ablauf von zehn Jahren, wie Art. 127 OR dies für alle Forderungen will, "für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt". Möglich ist aber auch, dass Art. 371 OR zum Zuge kommt und die Verjährungsfrist auf ein³⁵ Jahr bzw. fünf Jahre zurücknimmt. Diese verjährungsrechtliche Privilegierung erfahren Architekten und Ingenieure immer dann, wenn sich ihr Sorgfaltsmangel gerade als Mangel eines unbeweglichen Werkes manifestiert.

³³ KRAMER, Berner Kommentar (1986), N 89 ff. Allg. Einl. OR, folgend, begreife ich als Leistungspflichten jene Vertragspflichten, die der Realerfüllung zugänglich sind, und als Nebenpflichten jene weiteren Vertragspflichten, die auf Erfüllung nicht einklagbar, sondern lediglich schadenersatzbewehrt sind. Aus der weiteren Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten leite ich für den vorliegenden Zusammenhang nichts ab. Diesbezüglich kommt es nur auf den Austauschzusammenhang an, der meist zwischen Hauptleistungspflichten besteht (präzisierend WEBER, Berner Kommentar [2000], N 42 und 45 zu Art. 107 OR).

³⁴ GAUCH, Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.1617.

³⁵ Zur Anwendung auch der einjährigen Frist auf die Ansprüche gegen Architekten und Ingenieure siehe GAUCH, Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.2307 f.

2. Dazu kommt ein Weiteres. Die Vergütungspflicht wird auf Null reduziert, wenn "l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable".³⁶ Das stösst jedem auf, der in der Leistungspflicht des Beauftragten eine bloss "obligation de moyens" sieht. Allerdings wird auch das Bundesgericht nicht die nackte Unbrauchbarkeit der Dienstleistung, sondern noch immer die Unsorgfalt des Beauftragten sanktionieren wollen.³⁷ Beim Kriterium Brauchbarkeit/Unbrauchbarkeit geht es nach meinem Verständnis denn auch nicht um eine verkappte Erfolgshaftung, sondern um die Frage, ob dem Auftraggeber nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) die Annahme der Dienstleistung "billigerweise zugemutet werden kann". Diese *Abwägung der widerstehenden Interessen* schreibt Art. 368 Abs. 1 OR für den Werkvertrag ausdrücklich vor; zudem beschränkt Art. 205 Abs. 2 OR den Käufer auf Minderung, wenn sich die Vertragsaufhebung nach den Umständen des konkreten Falls nicht rechtfertigt. Entsprechend muss auch der Beauftragte den Totalverlust seiner Vergütungsforderung nur dann hinnehmen, wenn seine Dienstleistung für den Auftraggeber insgesamt nutzlos ist und diesem damit die Annahme nicht zugemutet werden darf. Das ist zunächst der Fall, wenn sich die [941] Beauftragte zu einer Leistung, die sich nicht in Teilleistungen dividieren lässt, verpflichtete und diese Leistung unsorgfältig erbrachte. Weiter erlischt die Vergütungsforderung auch dann komplett, wenn gerade alle Teilleistungen der Beauftragten unter einem Sorgfaltsmangel leiden. Blosser Reduktion der Vergütungsforderung kommt demgegenüber dann in Frage, wenn der Sorgfaltsmangel einer abgrenzbaren Teilleistung anhaftet. Alsdann entfällt die Vergütungspflicht nur hinsichtlich dieser unsorgfältigen Leistung, während der Auftraggeber die übrigen, mängelfreien Teilleistungen, die ihm noch immer einen Nutzen eintragen, zu vergüten hat. Zu denken ist etwa an den Fall des Vollarchitekten, der bei der Bauleitung unsorgfältig war, dessen Pläne aber gleichwohl verwendbar sind. Kommt es aber zum Totalverlust, kann der Beauftragte Geleistetes zurückfordern, wobei etwa an Zeichnungen, Pläne, Entwürfe, Modelle und Berechnungen zu denken ist, die er als Bestandteil seiner Dienstleistung erstellte und dem Auftraggeber überliess. Die Rückgabe seiner Arbeitsleistung ist schon aufgrund deren Natur ausgeschlossen; und ein Ausgleich in Geld liesse sich angesichts ihrer Nutzlosigkeit nicht begründen.

3. Wo der unsorgfältigen Beauftragten aber eine Restvergütung zusteht, stellt sich die Frage, wie sich diese *Restvergütung berechnet*. Nach bundesgerichtlicher Vorgabe darf sie "en proportion et en fonction de la prestation" festgesetzt werden. Bedeutet dies, dass die der unsorgfältigen Beauftragten geschuldete Restvergütung dem objektiven Wert ihrer mängelfreien Leistung entspricht und umgekehrt dem Auftraggeber die Vergütungspflicht nur gerade im Umfang des objektiven Minderwerts erlassen wird? Dies liefe namentlich der werkvertragsrechtlichen Konzeption der Minderung zuwider. Dort ist das vertraglich festgesetzte (relative) Wertverhältnis zwischen Leistung und

³⁶ Zur Beweislastverteilung siehe BGE 4C.61/2001 E. 3b (unpubl. E. zu BGE 127 III 543).

³⁷ Missverständnis aber SJ 2000, S. 485 ff.,

Gegenleistung zu wahren, die Vergütung also nicht absolut, sondern proportional (Art. 368 Abs. 2 OR: "en proportion de la moins-value") zu mindern.³⁸ Da der Rechtsgrund der Reduktion hier wie dort der gleiche ist, besteht keinerlei Anlass, eine unterschiedliche Berechnungsart zu wählen.

a. Mithin³⁹ ist auch im Auftragsrecht die Restvergütung so festzusetzen, dass ihr Verhältnis zur vereinbarten Vergütung dem Verhältnis zwischen dem (objektiven) Wert der tatsächlich mängelfrei erbrachten Leistung⁴⁰ und dem (objektiven) Wert der mängelfrei gedachten Gesamtleistung⁴¹ entspricht.⁴² Freilich ist die Ermittlung dieser objektiven [942] Werte zumeist mit erheblichem Aufwand verbunden. Immerhin spielt deren absolute Höhe eine geringe Rolle, da die Differenz zwischen diesen Werten bloss proportional (nicht absolut) auf die Vergütungsforderung umgelegt wird. Eine Besonderheit gilt, wenn es an einer Vergütungsabrede fehlt und sich der Betrag der vollen Vergütung nach Massgabe der einschlägigen Übung ermittelt (Art. 394 Abs. 3 OR). In diesem Fall entspricht dieser Betrag gerade dem Wert der mängelfrei gedachten Gesamtleistung.

b. Anders verhält es sich, wenn die Unsorgfalt des Beauftragten darin besteht, dass er objektiv unnötigen Aufwand betrieb, und damit ausserhalb des synallagmatischen Austauschverhältnisses liegt. Die für die unnötige Leistung geltend gemachte Vergütung ist als unbegründet aus der Rechnung zu streichen, ohne dass es zur proportionalen Reduktion käme.⁴³ Die Beweislast dafür, dass eine Leistung überflüssig war, trägt der Auftraggeber (Art. 8 ZGB), wobei es ihm zugute kommt, dass der Beauftragte "jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen" hat (Art. 400 Abs. 1 OR). Berechnet sich die Vergütung nach Einheitspreisen, entfällt die Vergütungspflicht hinsichtlich der unnötigen Einheiten. Keine Auswirkungen hat unnötiger Aufwand dort, wo sich die Vergütung nicht nach Aufwand bemisst. Bei der Pauschalvergütung bleibt es bei

³⁸ Siehe: VON BÜREN, OR BT, Zürich 1972, S. 41; GAUCH, Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.1662.

³⁹ Und in enger Anlehnung an GAUCH, Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.1646 ff., der dort die Frage für die werkvertragsrechtliche Minderung abhandelt.

⁴⁰ Also nicht der Wert der mit einem Sorgfaltsmangel behafteten Gesamtleistung des Beauftragten, da es dafür einen Markt nicht gibt (siehe STAUDINGER/PETERS [2000], N 62 zu § 634 BGB).

⁴¹ Schon mit Blick auf die Einflüsse, die Konjunktur und Rezession auf die Preisbildung haben, darf dieser Wert nicht unbeschadet mit der vereinbarten Vergütung gleichgesetzt werden (SOERGEL, Münch Kommentar [1997], N 31 zu § 634 BGB). Zu diesem Lehrsatz ist jedoch anzumerken, dass Preisverschiebungen, die konjunkturell oder rezessionsbedingt sind, noch immer den Wettbewerbspreis abbilden. Anders verhält es sich aber dann, wenn der Wettbewerbspreis im Einzelfall unter- bzw. überschritten wird. Und fest steht auch, dass beim Architekturvertrag auch nach schweizerischem Recht "nicht die Wertbeeinträchtigung am Bauwerk den Massstab für die Errechnung der Honorarminderung abgeben" darf (SOERGEL, a.a.O., N 47 zu § 635 BGB).

⁴² Beläuft sich die volle Vergütung auf 4'000, der Wert der mängelfrei gedachten Gesamtleistung auf 3'200, der Wert der tatsächlich mängelfrei erbrachten Leistung auf 2'400, dann beträgt die Restvergütung noch 3'000, was einer Reduktion um 25% entspricht.

⁴³ GAUCH, Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.856.

der vereinbarten (oder üblichen, Art. 394 Abs. 3 OR) Pauschale, und ein Erfolgshonorar bleibt allein vom Eintritt des Erfolgs abhängig⁴⁴.

C Ein Vorbehalt

1. Zwar glaube ich, dass sich das Prinzip, nach dem eine unsorgfältige Leistung zu einer (proportionalen) Reduktion der Gegenleistung führen kann, in überzeugender Weise aus der gemeinhin als Synallagma bezeichneten Austauschbeziehung ableiten lässt. Der Gesetzgeber positiviert dieses Prinzip in mehrfacher Weise.⁴⁵ Und das Bundesgericht zog es rechtsfortbildend ins Auftragsrecht. Was seine *Übertragbarkeit auf weitere Bereiche* anbelangt, ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber selber die Reichweite des Prinzips zum Teil limitierte, so vor allem durch Zugabe einer strengen Prüfungs- und Rügeordnung im Kauf- und im Werkvertragsrecht. Dass es demgegenüber [943] im Auftragsrecht augenscheinlich (und vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB) schrankenlos gilt, muss noch nicht heissen, dass sich diese Ausprägung auch für andere Rechtszusammenhänge eignete. Lückenfüllende Gerichte jedenfalls brauchen die Minderungsbefugnis nicht partout auszudehnen, nur weil sie als Prinzip prinzipiell auf sich besteht. Vielmehr sind auch hier unter „gründlicher Beachtung der Realitäten des Lebens“⁴⁶ Regeln zu bilden, mit denen sich den schützenswerten Interessen der Vertragsparteien gerecht werden lässt. Dies kann es auch nahe legen, dem Minderungskläger die Minderungsbefugnis abzuschlagen und ihn auf den Ersatzanspruch zu verweisen, wenn seinen Schuldner eine Verantwortung trifft. Vorab für die Arbeitsverträge (Art. 319 ff. OR) frage ich mich, welcher Weg wohl sachgerecht sei.⁴⁷ Der Lohnminderung mag schon die fehlende Eigenverantwortlichkeit des Arbeitnehmers⁴⁸ entgegenstehen.⁴⁹ Hingegen ist etwa für den Hinterlegungsvertrag (Art. 472 ff. OR) nicht ersichtlich,

⁴⁴ Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars bedeutet nicht zwingend, dass der Beauftragte gerade den Erfolg schuldet. Vielmehr hat es mit einer solchen Abrede, wie erwähnt, gewöhnlich die Meinung, dass die Vergütungspflicht des Auftraggebers aufschiebend bedingt ist.

⁴⁵ Erwähnt habe ich das Kauf-, das Werkvertrags- und das Mietvertragsrecht. Dazu kommen das Pachtrecht, das insoweit auf das Mietrecht verweist (Art. 288 OR), und das Pauschalreisegesetz, das seinem Wortlaut nach zwar "Schadenersatz" verheisst (Art. 13 Abs. 1 lit. b PauRG), in der Sache aber Minderung meint (so ROBERTO, Basler Kommentar [2003], N 6 zu Art. 13 PauRG; ausdrücklich von Minderung spricht § 651d BGB; vgl. aber Art. 4 Abs. 7 der einschlägigen Richtlinie [90/314/EWG]: "Entschädigung").

⁴⁶ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (1966), N 319 zu Art. 1 ZGB.

⁴⁷ Unschlüssig bin ich mir schon bezüglich der *Vorfrage*, ob das synallagmatische Gegenstück des Arbeitslohns tatsächlich die Arbeitsleistung oder nicht eigentlich die Pflicht der Arbeitnehmers sei, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen (so etwa FABRICIUS, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970, S. 18 f.).

⁴⁸ Sie ergibt sich aus der Einordnung des Arbeitnehmers in eine fremde Betriebsorganisation (siehe z.B. BGE 4C.346/1999 E. 2c).

⁴⁹ Rechtsprechung und Lehre gehen zumindest für den Einzelarbeitsvertrag davon aus, dass dort das Prinzip nicht greife. Siehe: BGE 97 II 150 E. b; REHBINDER, Berner Kommentar (1985), N 19 zu Art. 322 OR; SCHWENZER (zit. in Fn. 20), Rn.68.08; STÄHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar (1996), N 4 zu Art. 321a und N 5 zu Art. 322 OR).

dass dem Hinterleger bei unsorgfältiger Aufbewahrung die Reduktion der Vergütung zu versagen wäre. Gleiches gilt (im Sinne weiterer Beispiele) hinsichtlich der Dienstleistungsverträge, welche die Beförderung von Sachen (Art. 440 ff. OR; dazu BGE 127 III 370 E. b) oder von Personen zum Gegenstand haben, aber auch für die besonderen Auftragsarten.

2. Ohne Zweifel darf dem Minderungs-Prinzip zudem beim Gesamtvertrag des (sogenannten "Voll"-)Architekten gefolgt werden. Mit Blick auf die Qualifikation dieses Vertrages durch das Bundesgericht fragt sich immerhin, wie es dort durchzuführen ist.

IV. Mängelhaftung des Vollarchitekten

A Der Stand der Qualifikation

1. Die einfachen Aufträge, die im Zusammenhang mit Bauvorhaben abgeschlossen werden, sind vorab jene der Architekten, soweit sich deren Dienstleistung zum Beispiel in der Durchführung der Submission und der Bauleitung erschöpft. Hinsichtlich der Einordnung des sogenannten Gesamtvertrags, der "Aufgaben der Beratung, [944] Planung, Projektierung und Bauleitung"⁵⁰ erfasst, sind sich Bundesgericht und ein Teil der Lehre⁵¹ bekanntlich uneins.

2. Das Bundesgericht erblickt im Gesamtvertrag einen *Innominatkontrakt*, der auftrags- und werkvertragliche Elemente vereint (BGE 109 II 465 E. d; 127 III 545). Dieser Qualifikation steht namentlich PETER GAUCH kritisch gegenüber, der den Gesamtvertrag ungeteilt dem Auftragsrecht unterstellen möchte, "weil die geschuldete Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen"⁵². Wie auch immer diese Kontroverse ausgehen wird, mit einer exklusiv werkvertraglichen Einordnung des Gesamtvertrages jedenfalls ist nächstens nicht zu rechnen. Besser stehen die Chancen für das Auftragsrecht, gerade auch vor dem Hintergrund des BGE 124 III 423.

⁵⁰ Dieser Aufgabenkatalog findet sich bei Art. 2.1 der SIA-Ordnung 102 (2001), die ihrer inhaltlichen Ausgestaltung deutlich eine auftragsrechtliche Konzeption erkennen lässt.

⁵¹ Allen voran GAUCH, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA 102, in: Gauch/Tercier (zit. in Fn. 7), Rn.28 ff.; DERS., Der Werkvertrag (zit. in Fn. 25), Rn.57 ff.; DERS., Die „Requalifizierung“ des Architekturvertrages – Praxisänderung des Bundesgerichts, in: BR 1984, S. 49 ff.; weiter: EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen: System und Merkpunkte, in: BRT 2003, Freiburg 2003, S. 65 ff.; SCHUMACHER (zit. in Fn. 7), Rn.390 ff.

⁵² GAUCH, Vom Architekturvertrag (zit. in Fn. 51), Rn.40; kritisch WERRO, Urteilsanmerkung zu BGE 127 III 543, in: BR 2002, S. 90, Nr. 212; DERS. (zit. in Fn. 7), Rn.222 ff.

B Spaltung der Haftungsfolgen?

1. Hinsichtlich der Vertragsbeendigung hält das Bundesgericht eine Spaltung des Gesamtvertrages für unerträglich und verlegt sich auf Art. 404 OR.⁵³ Über die *Mängelhaftung des Vollarchitekten* hat sich das Bundesgericht⁵⁴ – soweit ich sehe – noch nicht verbindlich ausgesprochen. Zwar warf es in BGE 127 III 545 (und schon in BGE 109 II 466) die Frage auf, ob der Vollarchitekt für mangelhafte Pläne nach Werkvertragsrecht hafte, musste sie dort aber nicht entscheiden. Wer die Frage bejahen wollte, müsste sich zur werkvertraglichen Prüfungs- und Rügeordnung bekennen⁵⁵ und zudem den werkvertragsrechtlich verkürzten Verjährungsfristen unabhängig davon, ob der Architektenmangel zu einem Mangel des unbeweglichen Werkes führte (dazu Art. 371 Abs. 2 OR), das Wort reden. Eine derartige, konsequente [945] Spaltung der Rechtsfolgen lässt sich praktisch kaum realisieren⁵⁶, was nur schon die Schwierigkeiten belegen, den für den Fristenlauf entscheidenden Zeitpunkt der Ablieferung der Pläne⁵⁷ festzustellen. Vor allem aber liefe es dem Gedanken des Gesamtvertrages zuwider, einzelne Planerleistungen allein ihres Gegenstands wegen aus dem vertraglich hergestellten Sinnzusammenhang zu reissen und sie haftungsrechtlich zu privilegieren. Zudem ist nicht zu erkennen, warum der Vollarchitekt hinsichtlich seiner werkvertraglichen Leistungsteile einen höheren Schutzgrad bräuchte als bei seinen Aufgaben etwa im Bereich der Bauleitung. Aus meiner Sicht ist die Haftung des Vollarchitekten deshalb auch insoweit auftragsrechtlich zu erfassen, als es um Leistungen geht, die bei isolierter Betrachtung unter das Werkvertragsrecht fielen.⁵⁸ Offensichtlich bliebe dann für die werkvertragliche Komponente der Vertragsmischung kaum mehr viel übrig.

2. Eine rein auftragsrechtliche Zuordnung des Gesamtvertrages würde dem Bauherrn aber doch insoweit einen gewichtigen Nachteil eintragen, als ihm der Anspruch auf die "unentgeltliche Verbesserung des Werkes" (Art. 368 Abs. 2 OR) versagt bliebe.⁵⁹ Diesen Anspruch unter „aushülfsweisem“ (BGE 63 II 180)

⁵³ Dies geht, wie das Bundesgericht selber ausführte, „dans le sens préconisé par une partie de la doctrine, qui voudrait que la responsabilité de l'architecte global soit soumise exclusivement aux règles du mandat“ (BGE 127 III 545). SCHLUEP qualifiziert den Gesamtvertrag zwar auch als gemischten Vertrag, was sich mit dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung deckt, tritt aber für eine "werkvertragliche Beendigungsordnung" (S. 906) ein (Innominatverträge, in: SPR, Bd. 7/II, Basel und Stuttgart 1979, S. 900 ff.).

⁵⁴ Im Gegensatz zum Kantonsgericht St. Gallen (in: GVP SG 1986, Nr. 41, S. 81 ff.; auch in: SJZ 1987, S. 367 f.; BR 1988, S. 11 f., mit Anm. MERZ).

⁵⁵ Anders aber der schon erwähnte GVP SG 1986, Nr. 41, S. 82, nachdem es sich „auch bei einem gemischten Architektenvertrag [rechtfertigt], in bezug auf die Anzeige der Mängel einheitlich nach Auftragsrecht vorzugehen“.

⁵⁶ So schon LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, in: ZSR 1987/II, S. 79.

⁵⁷ Oder anderer Leistungen, die Werkcharakter haben; dazu die Aufstellung bei EGLI (zit. in Fn. 51), S. 65.

⁵⁸ Für den Kostenvoranschlag beging das Bundesgericht in BGE 119 II 251 E. 3b diesen Weg.

⁵⁹ Ob sich eine Konstruktion finden liesse, die auch den Auftraggeber mit einem Nachbesserungsanspruch ausstattet, will ich hier offen lassen. Für den Kaufvertrag, der dieses

Zuzug von Werkvertragsrecht doch noch zu retten, schiene mir kaum sachgerecht und jedenfalls der Rechtssicherheit abträglich zu sein. Vielmehr ist dieser Nachteil hinzunehmen. Kompensiert wird der Auftraggeber gerade durch den Minderungsanspruch, der mit BGE 124 III 423 seinen Platz auch im Auftragsrecht fand, ohne dort den restriktiven Modalitäten des Werkvertragsrechts zu unterliegen.

V. Schluss

Ist die Reduktion der Vergütung ausgeschlossen, wenn die SIA-Ordnung 102 (2001/2003) in den konkreten Architekturvertrag übernommen wurde? Art. 1.9 dieser Ordnung regelt die Haftung des Architekten, ohne dort die Frage anzusprechen. Qualifiziertes Schweigen oder Lücke, die der Lückenfüllung zugänglich wäre? Fest steht, dass die Parteien den Umgang mit Austauschstörungen vertraglich regeln können, und dies unter Vorbehalt der allgemeinen Schranken (namentlich Art. 8 UWG) auch so, dass eine Reduktion der Vergütung zu unterbleiben hat. Davon aber lasse ich jetzt ab, da sonst für Wichtiges kein Platz mehr bleibt: Dir, lieber PETER, hier für das Viele von Herzen zu danken!

Mängelrecht auch nicht kennt, wurden entsprechende Versuche unternommen (so im Besonderen von GIGER, Berner Kommentar [1979], N 42 zu Art. 205 OR; a.A. aber etwa HONSELL, Basler Kommentar [2003], N 5 zu Art. 205 OR).